HAL
open science

L'invocabilité des adaptations mineures aux règles du plan local d'urbanisme

Tristan Pouthier

To cite this version:

Tristan Pouthier. L'invocabilité des adaptations mineures aux règles du plan local d'urbanisme. Actualité juridique Droit administratif, 2015, 26, pp.1499-1503. halshs-02220512

HAL Id: halshs-02220512

https://shs.hal.science/halshs-02220512

Submitted on 22 Aug 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'invocabilité des adaptations mineures aux règles du plan local d'urbanisme devant le juge administratif

Essentiel : Le Conseil d'Etat juge que des requérants peuvent invoquer pour la première fois devant le juge administratif le bénéfice d'adaptations mineures aux règles du plan local d'urbanisme, alors qu'ils n'ont pas formulé de demande en ce sens auprès de l'autorité administrative. Pour fonder cette solution, le Conseil d'Etat doit prendre position sur la nature du pouvoir d'adaptation mineure reconnu à l'administration par le code de l'urbanisme.

Un requérant peut-il demander devant le juge administratif le bénéfice d'une adaptation mineure des règles du plan local d'urbanisme à l'appui d'un permis refusé, alors même qu'il n'en a pas fait expressément la demande auprès de l'autorité administrative compétente ? C'est à cette question, très pointue en apparence, que devait répondre le Conseil d'Etat dans la présente affaire. Or il convenait pour y répondre de prendre plus généralement position sur la nature du pouvoir d'adaptation mineure reconnu à l'administration par l'article L. 123-1-9 du code de l'urbanisme. La Haute assemblée a suivi sur ce point le raisonnement juridique serré de son rapporteur public Suzanne von Coester et répondu par l'affirmative.

Les requérants ont déposé auprès de la mairie de Gretz-Armainvilliers (Seine-et-Marne) une demande de permis de construire afin d'agrandir leur maison et de modifier sa toiture. Par un arrêté du 2 avril 2009, le maire de la commune a rejeté la demande en se fondant sur les règles du plan local d'urbanisme relatives, d'une part, au retrait des constructions par rapport à l'alignement et aux limites séparatives et, d'autre part, au type de toiture autorisé. Les requérants ont déféré ce refus au tribunal administratif de Melun, faisant notamment valoir que le dépassement de la distance de retrait qui fondait la décision de refus « constituait, tout au plus, une adaptation mineure » au sens du code de l'urbanisme. Le TA de Melun, considérant que les non conformités constatées ne pouvaient être qualifiées d'adaptations mineures, a rejeté le recours par un jugement du 22 mars 2011. Saisie d'un appel contre ce jugement, la Cour administrative d'appel de Paris a écarté à son tour, par un arrêt du 24 janvier 2013, le moyen par lequel les requérants réclamaient le bénéfice d'adaptations mineures, en retenant cependant deux motifs différents de ceux retenus par les premiers juges : d'une part, il ne ressortait pas des pièces du dossier que les requérants avaient formulé une demande expresse d'adaptation mineure auprès de l'autorité administrative ; d'autre part, la nature des travaux envisagés et la qualité architecturale du projet ne permettaient pas de justifier des adaptations mineures. Les requérants se sont pourvus en cassation contre cet arrêt devant le Conseil d'Etat. Celui-ci annule l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris, par le seul motif que les requérants étaient juridiquement fondés selon lui à demander pour la première fois devant le juge administratif le bénéfice d'adaptations mineures.

Une telle solution nécessitait que le Conseil d'Etat prît position sur deux questions difficiles. Il convenait, d'une part, de savoir si les « adaptations mineures » au sens du code de l'urbanisme constituaient ou non des « dérogations » aux règles du plan d'urbanisme, ce qui entraînait des conséquences procédurales déterminées. D'autre part, le Conseil d'Etat devait établir si l'autorité administrative devait être réputée ou non avoir instruit d'office la possibilité d'adaptations mineures, et ce même en l'absence de texte l'y obligeant.

I- La consécration de l'autonomie de la notion d'adaptation mineure par rapport à la notion de dérogation

Les conclusions du rapporteur public révèlent que, pour justifier la possibilité pour les requérants de demander pour la première fois au contentieux le bénéfice d'adaptations mineures, le Conseil d'Etat a dû consacrer indirectement l'autonomie de la notion « d'adaptation mineure » par rapport à celle de « dérogation », alors que ces deux notions sont étroitement liées. Le juge administratif a contribué par là même à lever une incertitude doctrinale persistante.

A- Adaptation et dérogation, deux notions étroitement liées

La notion d'adaptation mineure est organiquement liée à celle de dérogation, comme le révèlent aussi bien un regard rétrospectif sur l'histoire de ces notions que la simple lecture de l'actuel article L. 123-1-9 c. urb. Cette notion d'adaptation mineure a en effet servi à circonscrire étroitement les possibilités de dérogation à la règle d'urbanisme, dont l'administration avait usé et abusé jusqu'au début des années 1970. Certains abus de ce que l'on appelait alors « l'urbanisme dérogatoire » ont ému l'opinion publique au point que le pouvoir réglementaire puis législatif ont décidé de réagir. C'est ainsi qu'une circulaire du 17 mars 1972 relative à l'application des règlements d'urbanisme, signée du ministre de l'équipement Alain Chalandon (*JORF* 9 avril 1972, p. 3747), établissait un principe d'après lequel les seules « dérogations » désormais autorisées seraient « les adaptations mineures, rendues notamment nécessaires par la configuration des terrains », et précisait les applications de ce principe en fonction de divers facteurs (forme et surface des terrains, situation par rapport aux voies, hauteur des constructions, etc). Puis la loi n°76-1285 du 31 décembre 1976 portant réforme de l'urbanisme inscrivait dans le code de l'urbanisme la règle d'après laquelle « les règles et servitudes définies par un plan d'occupation des sols ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation à l'exception des adaptations mineures rendues nécessaires par la nature du sol, la configuration des parcelles ou le caractère des constructions avoisinantes ». Cette règle est demeurée inchangée dans l'actuel article L. 123-1-9, à ceci près que le plan d'occupation des sols a été remplacé par le plan local d'urbanisme. Les « adaptations mineures » apparaissent donc en première approche comme un résidu historique de l'urbanisme dérogatoire, qui demeure comme simple exception à un principe général d'interdiction de toute dérogation aux règles et servitudes définies par le PLU.

Au demeurant, l'appartenance de l'espèce « adaptation mineure » au genre « dérogation » semble résulter sans équivoque de la simple construction syntaxique de la règle (« aucune dérogation à l'exception des adaptations mineures »), ainsi que de certaines formules du juge administratif : un arrêt du Conseil d'Etat *Epoux Y c. Cne de Saint-Cyr-sur-Mer* (CE 30 juin 1999, n° 194720, Leb. T.) évoque ainsi « une dérogation ayant le caractère d'une adaptation mineure ». On pourrait remarquer enfin que certains traits essentiels du régime actuel des adaptations mineures sont hérités de celui des anciennes dérogations : ainsi par exemple de l'obligation de motivation, prévue aujourd'hui pour les adaptations mineures par l'article L. 424-3 c. urb., et qui pesait déjà sur les dérogations en vertu d'un décret du 26 août 1964 ; ou encore du principe d'instruction d'office, réaffirmé comme nous le verrons par le présent arrêt pour les adaptations mineures, et qui était prévu pour les dérogations par un décret du 28 mai 1970 modifié en ce sens par un décret du 10 juillet 1973 (sur ces anciens textes, v. L.-J. Chapuisat, « Le droit administratif à l'épreuve de l'urbanisme dérogatoire », *AJDA* 1974.3, en particulier p. 5-6). Il semblerait, au vu de ces divers éléments historiques et textuels, que l'appartenance des adaptations mineures à la catégorie générale des dérogations d'urbanisme fasse peu de doute. Pourtant, il règne sur ce sujet une indéniable incertitude doctrinale, que le juge administratif contribue à lever dans la présente affaire.

B- La contribution du juge administratif à un débat doctrinal ancien

Les éléments que nous avons relevés ont conduit une partie de la doctrine à affirmer sans détour que les adaptations mineures constituent une catégorie de dérogations, et donc à inscrire leur régime juridique au sein du régime général des dérogations d'urbanisme. C'est le cas par exemple de Gilles Godfrin qui, dans les entrées « Adaptation mineure » et « Dérogation » du *Dictionnaire pratique du droit de l'urbanisme* (dir. Y. Jégouzo, 2e éd., Le Moniteur, 2013), rattache les critères de légalité des adaptations mineures posés par l'article L. 123-1-9 (contraintes liées à la nature du sol, à la configuration des parcelles ou au caractère des constructions avoisinantes) aux conditions générales de légalité des dérogations d'urbanisme, telles qu'elles ont été posées par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Ville de Limoges* du 18 juin 1973 (CE ass., n° 86275, Leb.). Or un tel rattachement entraîne des conséquences de fond. L'arrêt *Ville de Limoges* a en effet consacré l'application aux dérogations

d'urbanisme d'un contrôle du bilan, qui met en balance l'intérêt général poursuivi par la dérogation litigieuse avec l'intérêt général protégé par les règles d'urbanisme auxquelles il est dérogé. Dans une telle perspective, les conditions de légalité pesant sur les adaptations mineures depuis la loi du 31 décembre 1976 constitueraient les seules formes légalement admises d'intérêt général susceptibles de justifier de telles adaptations.

Pourtant, un tel rattachement de la notion d'adaptation mineure à la notion générale de dérogation ne fait pas l'unanimité, et une partie de la doctrine a depuis longtemps entrepris de distinguer voire d'autonomiser ces deux catégories. C'est ainsi que, dès une note sous l'arrêt *Société Kaufman and Broad* du 15 décembre 1976 (CE, n° 99522, *AJDA* 1978.173), Louis Balmond et Yves Luchaire suggéraient qu'il existait « plus qu'une nuance » entre les notions de dérogation et d'adaptation, et proposaient une distinction conceptuelle : « La dérogation fût-elle mineure suppose la mise à l'écart, le non-respect de la norme. L'adaptation au contraire vise à une meilleure application de la norme au prix d'un certain nombre de retouches. En d'autres termes, dans le premier cas, la norme disparaît partiellement ou totalement alors que dans le second elle conserve ses particularités, totalement ou au moins dans ce qu'elles ont d'essentiel » (*ibid*., 177). Cette théorie a été reprise dans le manuel *Droit de l'urbanisme et de la construction* de Jean-Bernard Auby, Rozen Noquellou et Hugues Périnet-Marquet (n° 893, 9e éd., Montchrestien, 2012). Tous ces auteurs ont tiré les conséquences du fait que les dérogations d'urbanisme n'avaient pas purement et simplement disparu avec la loi du 31 décembre 1976, mais qu'elles avaient été simplement interdites dans le cas spécifique des règles et servitudes définies par le POS puis le PLU. Elles demeurent donc théoriquement possibles vis-à-vis des autres règles d'urbanisme. En outre, les dérogations d'urbanisme ont connu une nouvelle faveur auprès du législateur, lorsqu'il est apparu que certaines opérations d'intérêt général pouvaient être empêchées par les règles du plan d'urbanisme : reconstruction selon des normes de sécurité renforcées de bâtiments détruits ou endommagés par des catastrophes naturelles (loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003) ; restauration ou reconstruction d'immeubles protégés au titre de la législation sur les monuments historiques (loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004) ; travaux nécessaires à l'accessibilité des personnes handicapées à un logement existant (loi n° 2009-323 du 25 mars 2009). Les dérogations d'urbanisme ont donc poursuivi depuis 1976 une destinée juridique propre, indépendante de celle des adaptations mineures. Remarquons au demeurant que le rattachement des conditions de légalité des adaptations mineures à « l'intérêt général », qui sert au juge administratif à contrôler la légalité des dérogations d'urbanisme depuis l'arrêt *Ville de Limoges*, ne fait pas lui-même l'unanimité : une réponse ministérielle en date du 23 mars 1987 affirmait ainsi que « ces motifs [justifiant les adaptations mineures] ne sont aucunement liés à la notion d'intérêt général, notion trop abstraite, d'application trop difficile, qui confère au juge seul le pouvoir d'apprécier la légalité de la dérogation à la règle du plan d'occupation des sols et qui comporte un certain nombre d'inconvénients juridiques » (*JOAN* 23 mars 1987, p. 1680).

L'arrêt *Mme Ouahmane et autre*, éclairé sur ce point par les conclusions du rapporteur public, contribue ainsi à remédier à une incertitude doctrinale persistante, et va dans le sens d'une autonomisation accrue de la notion d'adaptation mineure par rapport à celle de dérogation. Le rapporteur public reprend en effet à son compte la théorie d'une différence proprement conceptuelle entre la « dérogation » et « l'adaptation mineure », la première entraînant une *mise à l'écart* de la règle, tandis que la seconde consiste en un *assouplissement* rendu nécessaire par la configuration des lieux. Or la position adoptée par le rapporteur public, si elle s'inscrit comme on l'a vu dans un débat ancien, est cependant dictée par des considérations tout à fait inattendues. Suzanne von Coester cherche en effet à éviter une conséquence *procédurale* qu'entraînerait la qualification des adaptations mineures comme « dérogations ». C'est que, précise-t-elle, une dérogation à des règles suppose selon la jurisprudence du Conseil d'Etat une demande expresse en ce sens auprès de l'administration (CE 31 janvier 2000, *Fédération de l'Ardèche du Secours populaire français*, n° 199315, Leb.). Or les requérants n'ont précisément pas fait en l'espèce de demande expresse d'adaptation mineure dans le cadre de leur demande de permis, et ne pourraient donc pas en demander le bénéfice pour la première fois devant le juge administratif si celui-ci considérait

l'adaptation mineure comme une dérogation. C'est ainsi le souci d'éviter une conséquence procédurale trop sévère pour les requérants qui conduit le rapporteur public à consacrer l'autonomie de la notion d'adaptation mineure par rapport à celle de dérogation. Il convient d'ajouter que la solution inverse aurait été peu compatible avec la nature intrinsèque de la faculté d'adaptation mineure de la règle d'urbanisme reconnue à l'administration par la loi, celle d'un pouvoir discrétionnaire dont le juge administratif s'emploie depuis longtemps à tracer les contours.

II- Le juge administratif et les adaptations mineures : les contours jurisprudentiels d'un pouvoir discrétionnaire

Afin de consacrer la possibilité pour les requérants de demander pour la première fois devant le juge administratif le bénéfice d'adaptations mineures, le Conseil d'Etat a dû rétablir par voie jurisprudentielle le principe d'instruction d'office des adaptations mineures, qui avait disparu en 2007 du code de l'urbanisme. Il a signifié par là même que ce principe constituait un corollaire nécessaire du pouvoir discrétionnaire de l'administration en matière d'adaptations mineures. Il résulte cependant du présent arrêt une asymétrie paradoxale entre la situation d'un requérant à qui le permis a été originellement accordé, et celle d'un requérant à qui le permis a été refusé.

A- L'instruction d'office des adaptations mineures, un corollaire du pouvoir discrétionnaire de l'administration

Le juge de l'excès de pouvoir ne saurait évidemment exiger de l'administration qu'elle exerce systématiquement une compétence qu'elle n'est pas légalement tenue d'exercer, ni *a fortiori* contrôler la légalité d'une décision qui n'existe pas, par hypothèse, dès lors que l'administration a pu légalement s'abstenir de faire usage de son pouvoir. La possibilité reconnue aux requérants par le présent arrêt de réclamer le bénéfice d'adaptations mineures pour la première fois devant le juge administratif a par conséquent une implication directe : elle suppose que l'autorité administrative a *nécessairement* examiné la possibilité d'opérer des adaptations mineures des règles du plan d'urbanisme pour accorder le permis demandé, et que le silence sur ce point de la décision de rejet équivaut à un refus tacite de l'administration de faire usage de son pouvoir d'adaptation mineure. Autrement dit, la solution ici retenue par le juge administratif implique que la possibilité d'adaptations mineures ait été instruite d'office par l'administration. Si l'administration a refusé de faire droit à une demande de permis, suggère Suzanne von Coester dans ses conclusions, « elle est supposée s'être interrogée d'office, au moment de l'instruction de la demande, sur la possibilité de délivrer le permis de construire sur le fondement des règles du plan local ayant fait l'objet d'une adaptation mineure... » C'est le sens de la formule du considérant de principe d'après laquelle « il appartient à l'autorité administrative, saisie d'une demande de permis de construire, de déterminer si le projet qui lui est soumis ne méconnaît pas les dispositions du plan local d'urbanisme applicables, y compris telles qu'elles résultent le cas échéant d'adaptations mineures... » Les requérants ne font donc dans cette perspective que réclamer devant le juge administratif la vérification de la légalité d'une décision qui est réputée avoir été tacitement prise.

La difficulté à laquelle était confrontée en l'espèce le Conseil d'Etat tenait à ce qu'une telle obligation d'instruction d'office des possibilités d'adaptations mineures avait longtemps été posée explicitement par le code de l'urbanisme, mais que les dispositions qui contenaient cette obligation n'avaient pas été reprises lors de la réforme du permis de construire et des autorisations d'urbanisme (décret n° 2007-18 du 5 janvier 2007 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2005-1527 du 8 décembre 2005) entrée en vigueur le 1er octobre 2007. L'ancien article R. 421-15 c. urb. disposait ainsi que « [le service chargé de l'instruction de la demande] instruit, au besoin d'office, les adaptations mineures au plan local d'urbanisme ou au document d'urbanisme en tenant lieu ». La question était alors de savoir si la suppression de cet article en 2007 avait entraîné la disparition du principe d'instruction d'office des adaptations mineures. Le Conseil d'Etat a répondu par la négative, et réaffirmé en l'absence de texte qu'il appartenait bien à l'autorité administrative d'instruire d'office

la possibilité d'adaptations mineures. Il a signifié, ce faisant, que l'obligation d'instruction d'office ne résultait pas de façon contingente de son inscription explicite dans le code de l'urbanisme, mais qu'elle découlait de la nature même du pouvoir exercé par l'administration en matière d'adaptation des règles d'urbanisme. En profonde cohérence avec une série de solutions antérieures, le Conseil d'Etat a en vérité consacré l'idée que l'instruction d'office des adaptations mineures est un *corollaire du pouvoir discrétionnaire* de l'administration en la matière.

La jurisprudence en matière d'adaptations mineures laisse en effet apparaître deux lignes directrices. D'une part, le juge administratif a adapté son contrôle à la lettre de la loi, qui veut que les adaptations mineures ne puissent jamais être autre chose que des assouplissements exceptionnels et rigoureusement motivés apportés à la règle d'urbanisme : il exerce dans ce sens un contrôle normal sur les adaptations accordées, et ne tolère au surplus d'adaptation mineure que vis-à-vis de normes quantitatives insusceptibles d'interprétation, sans quoi la notion d'adaptation mineure perdrait son sens. D'autre part, au sein de ce cadre très strict, le juge administratif s'est régulièrement employé à protéger le noyau de pouvoir discrétionnaire reconnu à l'administration dans l'application des règles du plan d'urbanisme. Deux arrêts ont caractérisé cette seconde ligne directrice : l'arrêt *Commune de Marnaz* du 15 mai 1995 (CE, n° 118919, Lebon T.), et l'arrêt *Société Cannon Immobilière* du 30 juin 1999 (CE, n° 194720, Lebon). Dans l'arrêt *Commune de Marnaz*, le Conseil d'Etat, sur les conclusions du commissaire du gouvernement Christine Maugüé (v. *BJDU* 1995.310) a censuré pour erreur de droit le refus opposé par un maire à un recours gracieux tendant à l'examen de la possibilité d'une adaptation mineure dans le cadre d'une demande de permis de construire. Ce faisant, le juge administratif a manifesté sa volonté de tenir un juste milieu entre deux excès. D'une part, remarquait Christine Maugüé, l'administration n'est jamais tenue d'accorder une adaptation mineure, et le juge administratif n'exerce qu'un contrôle restreint sur une décision par laquelle l'administration écarte cette possibilité. D'autre part, cependant, l'autorité administrative ne peut pas purement et simplement annuler la marge d'appréciation que lui attribue la loi en ce domaine, et opposer à toute demande une application rigide de la règle d'urbanisme. « Le maire », déclarait Christine Maugüé, « en n'exerçant pas la liberté d'appréciation dont il disposait, a méconnu l'étendue de son pouvoir discrétionnaire : investi d'un pouvoir de dérogation dont un administré lui demandait de faire usage, il ne pouvait refuser ou confirmer le refus de permis sans examiner d'abord la possibilité et l'opportunité d'accorder une adaptation mineure » (*ibid*., p. 311).

L'arrêt *Société Cannon Immobilière* partait d'une situation toute différente. Une commune avait opposé à une demande de permis de construire l'application anticipée de normes relatives aux aires de stationnement contenues dans un POS en cours de révision. Puis, s'avisant que les normes en question figuraient déjà dans le POS initial, elle avait demandé et obtenu devant la Cour administrative d'appel une substitution de motif. Or, pour qu'une telle substitution de motif fût valide, il fallait qu'il soit assuré que l'administration eût pris la même décision sur la base du motif subsitué au motif initial. Le Conseil d'Etat a censuré sur ce point l'arrêt de la Cour administrative d'appel. Il ne pouvait y avoir de certitude quant à la décision qu'aurait prise l'administration, car celle-ci ne pouvait être considérée en situation de compétence liée : « la décision par laquelle l'autorité compétente rejette, comme en l'espèce, une demande de permis de construire pour absence de conformité des aires de stationnement prévues aux prescriptions et normes prévues par le POS, doit être regardée comme procédant, non de la simple constatation de faits, mais d'une appréciation négative portée, même implicitement, sur la possibilité de faire droit à la demande de permis de construire par mise en oeuvre des dispositions dérogatoires prévues par les articles précités du code de l'urbanisme. »

La solution *Société Cannon Immobilière* a été adoptée en 1999 sous l'empire de l'ancien article R. 421-15 c. urb, qui prescrivait l'examen d'office des possibilités d'adaptations mineures. Dans ce cadre, la possibilité pour des requérants d'invoquer pour la première fois devant le juge administratif le bénéfice d'adaptations mineures découlait très logiquement de l'idée qu'une décision de rejet d'une demande de permis contenait implicitement le refus d'accorder une adaptation mineure. Une conséquence si naturelle, remarque Suzanne von Coester dans ses conclusions, qu'une décision du Conseil d'Etat reconnaissant explicitement une telle possibilité n'a même pas été fichée au recueil

(*SCI Saint-Joseph*, 13 février 2013, n° 350729, décision rendue à propos d'un refus de permis opposé alors qu'était encore en vigueur l'article R. 421-15). Le coeur de l'arrêt *Mme Ouahmane et autre* consiste donc à rétablir par voie jurisprudentielle la présomption d'après laquelle une décision de rejet d'une demande de permis de construire procède « non de la simple constatation des faits, mais d'une appréciation négative portée, même implicitement, sur la possibilité de faire droit à la demande de permis de construire par la mise en oeuvre » des dispositions de l'article L. 123-1-9 relatives aux adaptations mineures. Le Conseil d'Etat réaffirme ainsi, dans la lignée des arrêts *Commune de Marnaz* et *Société Cannon Immobilière*, que l'autorité administrative dispose d'un pouvoir d'appréciation, certes étroitement encadré, mais bien réel et irréductible dans l'application des règles du plan d'urbanisme ; et l'obligation d'instruction d'office des adaptations mineures, même si elle ne figure plus explicitement dans les textes, est un corollaire nécessaire de ce noyau de pouvoir discrétionnaire.

B- Une fragilisation de la jurisprudence *Epoux Tamby* ?

Dans l'état actuel de la jurisprudence du Conseil d'Etat, les chances pour un requérant de voir un moyen tiré d'une demande d'adaptation mineure accueilli par le juge administratif dépendent de l'articulation de deux paramètres. Premièrement, s'agit-il pour le requérant de demander l'annulation d'un jugement ou arrêt censurant un permis de construire, ou bien de demander l'annulation d'une décision administrative de refus de permis de construire ? Deuxièmement, le requérant avait-il ou non formulé auprès de l'autorité administrative une demande expresse tendant à l'examen d'une possibilité d'adaptation mineure ? De l'articulation de ces deux paramètres découlent deux solutions inverses quant à la possibilité pour un requérant de réclamer le bénéfice d'une adaptation mineure pour la première fois devant le juge administratif : celle du présent arrêt *Mme Ouahmane et autre*, et celle de la jurisprudence *Epoux Tamby*.

Partons de l'hypothèse d'une décision administrative de rejet d'une demande de permis. Si le requérant a formulé une demande expresse, et qu'il y avait un faible écart entre les données de fait et la règle d'urbanisme, l'autorité administrative est tenue d'examiner la demande, comme l'affirme l'arrêt précité *Commune de Marnaz* (« compte tenu du faible écart entre la largeur de la parcelle et la règle posée par le POS, la possibilité prévue par l'article L. 123-1 précité du code de l'urbanisme d'accorder une dérogation mineure ne pouvait être écartée par principe »). Le Conseil d'Etat se contente alors de vérifier qu'un examen de la demande a bien eu lieu ; seul un arrêt du tribunal administratif de Besançon (20 novembre 2000, *Société SMCI*, n° 99642, *BJDU* 2001.244, obs. J.-C. B.) est allé plus loin à ce jour en exigeant une motivation du refus d'adaptation mineure. Si en revanche le requérant n'a pas formulé de demande expresse auprès de l'autorité administrative, il peut demander pour la première fois le bénéfice d'adaptations mineures devant le juge administratif : c'est la présente solution *Mme Ouahmane et autre*.

Examinons maintenant le cas d'une décision administrative qui a fait droit à une demande de permis. Si le requérant a formulé une demande expresse d'adaptation mineure auprès de l'autorité administrative, celle-ci a dû, par hypothèse, motiver la décision par laquelle elle l'accordait, selon l'obligation qui lui en est faite par l'actuel article L. 424-3 c. urb (et par l'ancien article R. 421-29 jusqu'en 2007). Dans ce cas, le juge administratif exerce un contrôle normal sur l'adaptation accordée, et la cour administrative d'appel opère en cette matière une appréciation souveraine qui n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation (CE 30 juin 1999, *Epoux Guttierez*, n°194720, Lebon T.). Si en revanche le requérant n'a pas fait de demande expresse auprès de l'administration, le Conseil d'Etat déduit du silence du permis délivré quant à une éventuelle adaptation mineure, interprété à la lumière de l'obligation légale de motivation, que l'administration n'a pas entendu accorder une adaptation mineure. Dans ce cas, le requérant ne peut demander le bénéfice d'une adaptation mineure en tant que substitution de motifs au soutien du permis délivré. C'est ce qui ressort des décisions *SA « Les ateliers d'Occitanie »* (CE, 29 janvier 1992, n° 84117, Lebon T.) et *Epoux Tamby* (CE, 9 novembre 1992, n° 104294, Lebon). Dans le premier arrêt, le Conseil d'Etat jugeait que la société requérante ne pouvait « utilement soutenir qu'il aurait pu être

dérogé » à une règle du POS concernant les couvertures des bâtiments « alors que le préfet n'a pas usé de cette faculté de dérogation en ce qui concerne le mode de couverture du bâtiment ». Dans l'arrêt *Epoux Tamby*, le Conseil d'Etat, pour rejeter encore une demande d'adaptation mineure visant à une substitution de motifs, relevait qu'il ne « [ressortait] pas des énonciations du permis litigieux que le maire de Cachan ait entendu accorder à M. et Mme Tamby une telle dérogation ».

On est frappé ici aussi bien par la cohérence de la construction d'ensemble que par les conséquences paradoxales qui en découlent pour les administrés. Un requérant peut en effet demander le bénéfice d'adaptations mineures pour la première fois devant le juge administratif lorsqu'il conteste une décision de refus de permis de construire, mais pas lorsque le permis lui a été accordé. Pourquoi le juge administratif refuse-t-il dans ce second cas qu'une demande d'adaptation mineure soit formulée pour la première fois devant lui ? Est-ce parce qu'il refuse de substituer son appréciation à celle de l'administration quant à l'opportunité d'accorder une adaptation mineure ? Mais l'arrêt *Mme Ouahmane et autre* ouvre de toute manière cette possibilité au juge dans le cas d'une décision de refus de permis. Le juge administratif ferait dans ce cas dépendre la recevabilité du moyen d'une distinction entre, d'une part, une appréciation implicite par laquelle l'administration écarte une adaptation mineure qu'elle ne croit pas justifiée (permis refusé), et d'autre part une appréciation implicite par laquelle l'administration écarte une adaptation mineure qu'elle ne croit pas nécessaire (permis accordé). Une telle distinction est certes intelligible, mais elle est bien subtile. Est-ce alors pour respecter le principe d'après lequel une substitution de motifs ne peut avoir lieu que lorsqu'il est certain que l'administration aurait pris la même décision sur la base du nouveau motif – ce qui ne peut être assuré dans l'hypothèse présente, parce que la faculté d'adaptation mineure est discrétionnaire ? Quelle qu'en soit la raison, la coexistence de la solution *Epoux Tamby* avec la solution *Mme Ouahmane et autre* entraîne une asymétrie qui, si elle peut paraître fondée sur le plan juridique, n'en reste pas moins franchement contre-intuitive si l'on se place du point de vue des administrés. Il nous semble, de ce point de vue, que le présent arrêt fragilise inévitablement la jurisprudence *Epoux Tamby*.

Tristan Pouthier
Maître de conférences à l'université Toulouse I – Capitole, Institut Maurice Hauriou